

Héctor Noejovich Ch.¹

La institución consular y el derecho comercial: conceptos, evolución y pervivencias

1. Introducción

Este es un ensayo que intenta recapitular elementos jurídico-institucionales, frecuentemente utilizados en el análisis historiográfico, sobre una cuestión harto compleja, cual es el tribunal del consulado en el mundo iberoamericano. El aporte que pretendo es la especificación de esos elementos, como categorías de análisis que evolucionaron a través de la historia. En esta cuestión, como bien señalan Enriqueta Vila Vilar y Allan J. Kuethe (1999: xii), el enfoque actual es diferente:

La historiografía actual nos muestra el interés que suscitan los estudios sobre el poder de los grupos e instituciones como resorte de cambios sociales y de la familia como una de las fórmulas usadas para la consecución y el mantenimiento de ese poder. En este contexto, su estudio de los grandes hombres del comercio, de sus conexiones, de sus redes familiares, etc., daría como resultado un panorama real de las influencias y presiones que ejercieron en todo momento en el ámbito social.

Esta postura es clara; pero se trata en realidad de un análisis sociológico y/o de antropología social que es tan aplicable al comercio, como a las estructuras rurales. Que la órbita de la circulación provea mejores fuentes historiográficas que los litigios de propiedad y de aguas, no afecta la esencia institucional.

Al fin y al cabo, las instituciones han sido siempre formas de plasmar conflictos de intereses. Como factor de poder y dominación, los tribunales iberoamericanos del consulado fueron, por así decirlo, una institución tan importante como las audiencias o los consejos reales. Aún en épocas contemporáneas, también las instituciones en los países considerados democráticos ventilan conflictos de poder entre las élites dominantes. Los *lobbying* en el Senado norteamericano nada

¹ El autor agradece las valiosas críticas del profesor Zacarías Moutoukias de la Universidad de París. En el texto se incluyen referencias a las mismas (Moutoukias 2000).

tienen que envidiar a los cabildeos entre los comerciantes y las autoridades virreinales.

De otro lado, tomando al tribunal del consulado como institución de *Ancien Régime*, debe tenerse presente que aquélla corrió paralela con las formas de propiedad de esa época, cuyo estudio constituye la temática sobre la desamortización y desvinculación de la tierra, que desarrolla la historiografía moderna.² Unas y otras siguen la evolución de las instituciones de derecho privado; las primeras en el área comercial y las segundas en el área civil.³ Este proceso de liquidación de las instituciones vigentes para el derecho de propiedad de *Ancien Régime*, tenían por objeto “liberar la tierra para el comercio”. Es decir, que el aspecto mercantil, esencialmente dinámico, es el factor erosionante del estatismo rural.⁴

Pero, así como en las sociedades agrarias se generaron instituciones para proteger su estabilidad, como el derecho de propiedad,⁵ contenidas en los *Corpus Iuris Civilis*, las que derivaron del comercio fueron construidas a partir de la evolución del mismo; de allí que nos parezca oportuno delinear una línea de investigación sobre esa construcción que, en definitiva, es el origen del derecho comercial o mercantil contemporáneo.

Ya Sánchez Bella (1989: 302-303) proponía no solamente la elaboración de trabajos monográficos sobre la audiencia indiana, sino también sobre el resto de los tribunales que integraban el sistema de justicia, como el caso del tribunal del consulado. Señalaba, entre otras, la obra pionera de Robert Sidney Smith (1978 [1940]), junto con las

² Ver la excelente recopilación de trabajos publicada por Prién y Martínez de Codes (1999).

³ No voy a entrar en la discusión sobre si el derecho comercial o mercantil es parte del derecho civil o es autónomo en sí mismo. Personalmente —como muchos otros autores— asumo esta última posición y ello se apreciará en el desarrollo del texto.

⁴ Esto tampoco es una novedad del *Ancien Régime*. Las restricciones a la propiedad siempre tuvieron como fin impedir su comercio y era este último el que impulsaba a su disolución (Noejovich 1996: 255ss.). Aristóteles (1941: 30ss.) ya advertía sobre los peligros de la crematística frente a los modos naturales de adquisición. Autores como Romano y Tenenti (1971), entre otros, explican la disolución de la sociedad feudal con argumentos semejantes.

⁵ El derecho de propiedad es la forma más difundida y que tuvo mayor éxito en la historia para proteger los derechos de acceso a la tierra y a la mano de obra, pero las sociedades antiguas tuvieron también otras fórmulas (Noejovich 1996).

especializadas en distintos espacios, como las realizadas por Manuel Moreyra Paz-Soldán (1994),⁶ María Ecaración Rodríguez Vicente (1960), Mercedes M. Álvarez F. (1967), Germán Tjarks (1962) y Aurora Capillas de Castellanos (1962). Podría agregar, de mi parte, el excelente trabajo de Carmen Parrón Salas (1995) y los trabajos inéditos de Guillermina del Valle Pavón (1997) y Jorge Ignacio Sinfon Phum (1995). La línea actual, sin embargo, como indicamos arriba, parece orientada a “estudiar las relaciones de poder en el comercio colonial a la luz de las distintas investigaciones que cada uno de los autores realiza” (Vila Vilar/Kuethe 1999: xii).

Me propongo, pues, revisar la evolución institucional en torno al comercio en la cual el Consulado ha sido el eje histórico, tanto en los aspectos jurídicos, como en los aspectos técnicos de la actividad mercantil. Sin embargo, este tipo de análisis implica una extensión temporal amplísima, cuya utilidad y pertinencia es menester desarrollar.⁷

En esencia, el análisis institucional es necesariamente secuencial, dado que el objeto de estudio es, precisamente, la génesis, evolución y transformación de las instituciones a través del tiempo.⁸ Ello de ninguna manera implica el riesgo de una “atemporalidad”; antes bien, la evolución histórica de las instituciones conlleva, de suyo, a ubicarlas en la especificidad de cada época y su respectivo entorno cultural. Por su parte, el análisis institucional en un periodo específico nos puede hacer perder la visión de las categorías analíticas, que deben ser relativizadas de acuerdo con el contexto cultural respectivo.⁹

⁶ Originalmente publicada en 1956. Cito la edición reciente que recopila un conjunto de trabajos de este autor.

⁷ Respondo, en parte, a una de las gentiles observaciones de Moutoukias (2000).

⁸ La generalidad de los textos sobre temas jurídicos e institucionales comienzan con los “antecedentes históricos”.

⁹ El caso más evidente es el de la propiedad. Para citar un ejemplo: el derecho de propiedad romano, no era igual en la época arcaica y en los comienzos del Imperio; ese derecho también fue diferente después del edicto de Caracalla —concediendo la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (212 d. C.)— y, a su vez, se presenta distinto en tiempos de Justiniano. Los antecedentes mesopotámicos, hebreos y griegos fueron los precursores de esa evolución. La utilización de la propiedad como categoría analítica, sin tomar en cuenta esa evolución, convierte el categorema en una mera “etiqueta” sin contenido (Noejovich 1996: 449).

2. Las características del comercio y su organización

Aunque parezca obvio, debemos resaltar que la actividad comercial —así como su derivación en la actividad financiera— pertenece a la órbita de la circulación y distribución de bienes, que no solamente genera instituciones diferentes, sino que, además, requiere de instrumentos de análisis más sutiles.

En efecto, mientras las técnicas de producción pertenecen más bien al campo científico e ingenieril, a la adaptación de la naturaleza para satisfacer las necesidades, las técnicas comerciales y financieras obedecen a la capacidad creativa para procurarse la satisfacción de las necesidades mediante objetos previamente producidos. La evolución de esa capacidad creativa desemboca finalmente en el espíritu de lucro, inherente a la actividad mercantil propiamente dicha. Así, de los intercambios tribales, simplemente complementarios, se pasa a los intercambios que Weber (1964 [1923]: 175) denomina señoriales. El señor, cualquiera que sea el título que se le otorgue, monopoliza los intercambios y utiliza intermediarios para ello, no ya sólo como complemento del grupo, sino con fines de acrecentar su poder.

El desarrollo técnico del transporte potencia este tráfico, inicialmente terrestre y casi vecinal, a uno de larga distancia, fundamentalmente marítimo. Allí nace un sistema de organización diferente, derivado de una actitud distinta frente al riesgo: entre aquella correspondiente a la órbita de la producción y aquella correspondiente a la órbita de la circulación. En efecto, el riesgo productivo, en una sociedad agraria, está ligado a la naturaleza. El riesgo comercial no sólo está ligado a la naturaleza, sino a la acción de terceros¹⁰ y, adicionalmente, a las habilidades del mercader para ejercer su oficio.¹¹ Con esta extensión del tráfico al ámbito marítimo, surgen nuevos agentes e instituciones a considerar y que resumo a continuación (cf. Weber 1964 [1923], cap. 3):

- a) *El comerciante forastero o extranjero*. Si bien también existe el personaje en el comercio terrestre, es el marítimo que establece

¹⁰ Piratas, bandoleros, guerras, confiscaciones y demás.

¹¹ Este rasgo lo acerca al artesano, pero a diferencia de este último, que puede “dejar de producir”, el mercader no puede “dejar de vender lo adquirido”.

definitivamente una categoría nueva, con conflictos y problemas nacidos, fundamentalmente, de las distancias.

- b) *El armador privado*. Inicialmente, las expediciones marítimas comerciales eran empresas públicas, en la forma de “comercio señorial”. La dinámica adquirida, en tiempos de los fenicios y los griegos,¹² desplazó esta actividad a la esfera privada.
- c) *El fletamento*. Correspondiente al transporte en sí mismo, habida cuenta que el propietario de la nave no necesariamente era el armador privado.
- d) *La avería*. Especialmente la denominada “avería gruesa”, que implica la pérdida del cargamento (echazón), o bien del navío mismo. Se plantea el problema de la distribución de las pérdidas.¹³
- e) *El financiamiento*. Diversas formas, especiales para el comercio marítimo, fueron creadas a lo largo de la historia, como el *fenus nauticum*, la *societas maris* y la *commenda*.¹⁴

Estas novedades, en la dinámica comercial, tuvieron distintas soluciones institucionales en las distintas etapas de la historia. Es aquí, como mencionaremos líneas más arriba, donde la secuencia de la evolución institucional se inscribe en la especificidad de cada periodo. La comprensión de las distintas fases, en diversos tiempos, de esa evolución, es el sujeto de nuestro estudio.

3. La etapa formativa: de la Antigüedad al Medioevo

En esta periodización concuerdan, aproximadamente, la historiografía general con el desarrollo histórico del derecho comercial.¹⁵ Ciñéndo-

¹² Obsérvese que, tanto en las primeras expediciones, como en el modelo de flota, para el mundo iberoamericano se siguieron pautas semejantes, abriéndose lentamente hacia la empresa privada con los navíos de registro.

¹³ Comentaremos brevemente las soluciones institucionales más adelante.

¹⁴ Préstamo a la gruesa, sociedad de mar y comandita, respectivamente. Haremos referencia a los mismos en las secciones siguientes.

¹⁵ En realidad la historia del derecho forma parte de la historia en general y es indisoluble de la historia económica, en tanto ambas se construyen a la interpretación y análisis de las instituciones. Sin embargo, la historiografía contemporánea, en general, integra a la historia con las ciencias sociales como la economía, la sociología, la antropología y la psicología, mas no con el derecho. Pero eso es otro tema de discusión.

me al objetivo esbozado en la introducción de este trabajo, procuro aunar ambas corrientes de estudio.¹⁶

Los orígenes

El carácter de *comerciante forastero o extranjero* se encontraba protegido cuando se trataba de “empresas públicas”.¹⁷ La expansión marítima fenicia y griega, en función de la factoría o de los enclaves y el concurso de armadores privados, conllevó la aparición de dos problemas principales: la hospitalidad¹⁸ y la administración de justicia especializada.

Ambos aspectos estuvieron presentes en las civilizaciones antiguas, aun cuando las referencias son harto vagas (Candiotti 1925). Se conoce que los antiguos egipcios concedieron prerrogativas judiciales a comerciantes griegos para resolver sus conflictos. La hospitalidad pública, en el mundo griego, engendró la institución de la *Proxenia* (προξενία), que se encargaba de proteger a los extranjeros, su alojamiento y sus relaciones con la administración de justicia (Ferrero Rebagliatti 1937: 462). Aplicada a los comerciantes, existían dos corrientes opuestas. Jenofonte, abrogaba por su buena acogida, como medio de incrementar los ingresos de la ciudad de Atenas.¹⁹ Por el contrario, Platón preconizaba el aislamiento de los extranjeros de la ciudad a fin de minimizar las relaciones con ellos.²⁰ De todas formas, con facultades variables, ya sea designado por las autoridades loca-

¹⁶ La clasificación clásica de la evolución histórica del derecho comercial señala cuatro etapas: 1) de la Antigüedad al siglo XIII; 2) del siglo XIII al siglo XV; 3) del siglo XV al Código francés de 1807; 4) del Código francés de 1807 hasta la actualidad (Montoya Manfredi 1988: 65ss.).

¹⁷ El sentido de empresa pública que utilizo en el texto se refiere a aquellas expediciones realizadas al amparo de la protección directa de un rey, príncipe o equivalente, a quien pertenecían las naves y respondían los guardias armados.

¹⁸ La palabra es de origen latino y deriva de *hostis* que significa huésped; ésta era la designación de los extranjeros que vivían en Roma y que les aplicababa el derecho de gentes. A su vez, el *hostis* podía ser *peregrinus*, en el caso de no pertenecer a un pueblo en guerra con Roma; o, inversamente, *perduellis*, es decir un enemigo (Petit 1954 [1909]: 115ss.). Obsérvese el criterio dual, que encontramos en la figura de la “confiscación de propiedad enemiga”, aplicada contemporáneamente.

¹⁹ Jenofonte, *Medios de aumentar las rentas públicas de la ciudad de Atenas*, citado por Austin/Vidal-Naquet (1972: 387-392).

²⁰ Platón, *Las leyes XII*, citado por Austin/Vidal-Naquet (1972: 400-401).

les, ya sea designado por los mismos extranjeros, la figura del *proxenos* (πρόξενος) es el antecedente más remoto de la institución del Consulado. Ésta cubría, de varias maneras, los problemas planteados por la expansión del comercio marítimo y, por ende, la migración originada por causas mercantiles, ajenas a la subsistencia primaria.²¹ Aparece, así, otro rasgo de la institución: el carácter representativo o diplomático.

Roma y la Alta Edad Media

El derecho romano fue una construcción para una sociedad eminentemente agraria y sin una dinámica comercial exterior, como lo fueron la fenicia y la griega. La expansión territorial hizo del Mar Mediterráneo un lago romano; de allí que los problemas señalados para los comerciantes forasteros o extranjeros resultaran mínimos, incluyéndose en los derechos de hospitalidad. Más aún, a partir de 212 d. C., cuando Caracalla les concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, el problema de los extranjeros quedó circunscrito a los confines del mismo. En la frontera con los pueblos germanos, los problemas comerciales eran inexistentes.²² Como consecuencia, carecemos de legislación comercial propiamente dicha, toda vez que ésta se encuentra subsumida en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Éste recoge dos instituciones antiguas de derecho marítimo: la *lex Rhodia*²³ sobre la echazón y el préstamo marítimo, según señala Weber (1964 [1923]: 180-181).

²¹ Esta diferencia sobre la naturaleza de los movimientos migratorios, a la cual se hace poca referencia, es significativa a los efectos de la formación de las estructuras institucionales. Una cosa son los migrantes en busca de tierras para alimentarse y otra los comerciantes en busca de productos para lucrar. Los primeros tienden a asentarse y/o a desplazar a los ocupantes; los segundos no persiguen esos objetivos y sólo son mirados con recelo, en el pensamiento griego, por su rol dinamizador sobre las sociedades agrarias.

²² Allí, más bien, toman relevancia las cuestiones sobre la propiedad de la tierra y la utilización de la mano de obra.

²³ Montoya Manfredi (1988: 68) hace hincapié en la existencia de un sinnúmero de disposiciones de las Leyes Rodias (llamadas así por provenir de las isla de Rodas) que conformaban un verdadero derecho marítimo de la antigüedad.

La primera, consistente en reconocer la propiedad de las cosas abandonadas por necesidad²⁴ y la distribución de los gastos y pérdidas ocasionados entre los dueños de las mercancías.²⁵

La segunda, conocida en derecho romano como *nauticum fenus*, caso especial del *mutuum*, merece una atención especial, toda vez que ha sido uno de los instrumentos más antiguos de financiamiento²⁶ para el comercio marítimo. Es, fundamentalmente, un préstamo de riesgo, donde el prestamista facilita el dinero para la expedición o, alternativamente, las especies, tanto para comerciar como para el avituallamiento, “al riesgo del viaje”. El objeto del préstamo estaba, pues, sujeto a la *pecunia traiecticia*; si el navío arribaba a puerto, el préstamo se devolvía. Si, por el contrario, el navío perecía, con él perecía el objeto del préstamo y no se devolvía. En compensación, el prestamista recibía una prima mucho más alta que los intereses corrientes. Esta institución fue también incorporada en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Petit 1954 [1909]: 468-469).

Por otra parte, resulta evidente que la administración de justicia, respecto del comercio, tanto marítimo como terrestre, también se simplificó, recayendo en el pretor o en el procónsul, según el caso. La organización romana, basada en los municipios y en las provincias, creó un sistema único, el que, aunado a la extensión territorial integrada bajo dominio romano, hizo innecesario el antiguo *proxeno* griego. En las postrimerías del Imperio no había, prácticamente, comerciantes extranjeros que proteger, ni física ni judicialmente.

Una forma alternativa de financiamiento, conocida de antaño, pero probablemente desarrollada durante esta época, fue la *commenda*. Ésta consistía en una sociedad entre uno o varios comerciantes que se embarcaban y uno o varios comerciantes que se quedaban en tierra. Podía ser de carácter rotativo o bien netamente financiero, en tanto el o los comerciantes que se quedaban en tierra corrían con la mayoría de los aportes. La distribución de utilidades y pérdidas estaba sujeta a cada expedición en particular.²⁷

²⁴ *Institutas* (I, 3, 48).

²⁵ Montoya Manfredi (1988: 68). Es lo que se conoce como “avería gruesa”.

²⁶ También denominado “préstamo a la gruesa”.

²⁷ Weber (1964 [1923]: 182ss.). Es considerado el antecedente de la Sociedad en Comandita; ésta, a su vez, puede considerarse como el germen de la Sociedad Anónima.

Otro instrumento financiero que evolucionó notablemente en el periodo fue la letra de cambio. Si bien era conocida en la Antigüedad, según el derecho romano, vigente de manera más o menos explícita durante la Edad Media, ésta sólo podía transmitirse por un proceso de cesión de créditos –generalmente ante notario o equivalente–, que resultaba harto engorroso. Según Arnauné,²⁸ la “letra de cambio pagadera a la orden” –es decir transmisible por endoso– no apareció sino hasta finales del siglo VII.

Con la figura del endoso, ya no se trataba meramente de evitar el transporte de metálico, sino que servía como sistema de compensación de cuentas. Según J. Lawrence Laughlin (1931, II: 26), su uso era extendido en la Lombardía a finales del siglo XI. Posteriormente, fue común en el siglo XII y, en el siglo XIII, hay evidencias de su utilización, tanto por el papado como por los caballeros cruzados.

Hay, empero, una institución sin origen comercial, nacida en esta época, cuya incidencia será notable en los siglos siguientes: el gremio.²⁹ Éste, hasta donde se sabe, se originó en el Bajo Imperio, siendo Alejandro Severo quien decretó la agremiación forzosa de los artesanos y operarios con el fin de controlar los salarios. De cualquier forma, la agremiación compulsiva es una característica de la organización artesanal medieval³⁰, muy anterior a cualquier asociación gremial de comerciantes. Éste es el punto que me interesa destacar para la discusión que sigue.

4. La consolidación: la Baja Edad Media y el descubrimiento de América

Las cruzadas, las invasiones mongólicas y el avance de los turcos, ampliaron el horizonte comercial y, nuevamente, como en la Antigüedad, alteraron la dinámica mercantil, obligando a un desarrollo institucional más acorde con la época y creando un derecho positivo. En efecto, el mundo comercial se desarrollaba sobre la base de un *ius mercatorum*, de naturaleza consuetudinaria, que sobrepasaba las insti-

²⁸ Arnauné, A. (1912): *La monnaie, le crédit et le change*, citado por Laughlin (1931, II: 25).

²⁹ Me refiero a los gremios que Weber (1964 [1923]: 127) denomina de “unión libre”, diferenciándolos de los “serviles” y “rituales”.

³⁰ “La política del gremio es la política del sustento” (*ibid.*: 128).

tuciones y los derechos positivos locales, emparentados con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, al que se adicionaban el derecho eclesiástico y la obra de los glosadores.

Consulado y gremio

Éste es, a mi juicio, un punto central para la discusión. En efecto, Smith (1978 [1940]: 12) afirma enfáticamente:

Típicamente, el consulado era también un gremio. Al principio, el gremio fue una asociación de comerciantes marítimos, patronos y propietarios de barcos, pero la evolución del Consulado de Mar, como tribunal comercial corrió paralela a la transformación de la asociación marítima en un gremio mercantil comprensivo, una corporación que abarcó a grandes terratenientes e industriales.

Para la mayor parte del periodo sometido a estudio, el término “consulado” significa la *organización doble del gremio mercantil y el tribunal gremial*. La convergencia de la corporación mercantil y el tribunal consular no ocurrió simultáneamente en todo lugar, ni tampoco el proceso de evolución siguió una pauta uniforme. En ciertos casos, el cargo de cónsul de mar antecede al establecimiento del tribunal y el gremio (*ibíd.*: 17).³¹

Me he extendido en esta cita, por cuanto el autor –y su postura–, es tomado como referencia por otros autores posteriores (Moreyra y Paz-Soldán 1994). Pero me parece que hay aquí una confusión conceptual que debe ser dilucidada. La institución del gremio medieval, delineada líneas más arriba, sólo tiene el nombre, como cosa común con la “asociación de comerciantes” o, más bien, de “todos los interesados en la actividad comercial”; éstos podían ser también militares, terratenientes, eclesiásticos, etc.³² ¿Acaso estos últimos también pueden considerarse gremios? ¿Podemos hablar del “gremio militar” o del “gremio eclesiástico”?

El artesano medieval formaba su gremio con objetivos muy precisos en cuanto al oficio, y éste constituía una organización cerrada derivada de un conocimiento específico: los zapateros reglamentaban la producción de zapatos; los sastres la producción de vestimentas y así sucesivamente. En cambio los comerciantes se asociaban porque

³¹ La cursiva es mía.

³² Esa confusión se aprecia en los conflictos de competencia jurisdiccional.

esa era la naturaleza y esencia del comercio: buscar la forma de efectuar negocios aunando intereses. Se asociaban para repartir riesgos, para crear economías de escala, para aumentar el volumen de sus negocios. Los mecanismos, antes y ahora, son diversos.

Más que un gremio, la asociación de comerciantes³³ tomó la forma de guilda (Weber 1964 [1923]: 201-206), tanto en el extranjero, como localmente. La guilda puede verse, más bien, como la manera de ubicarse en la sociedad estamental medieval³⁴ y consolidar el poder político de las ciudades frente a los señoríos feudales. Confundir la guilda con el gremio es el *quid* de la cuestión. Si bien ambas son asociaciones reguladoras, siguiendo la terminología weberiana, estaban claramente diferenciadas (Weber 1983 [1922]: 55).

Y ello obedece a la naturaleza distinta del origen de unos y otros. Mientras los gremios medievales regulaban la producción, las guildas lo hacían en grado variable, según su poder político, con el proceso de cambio. Es importante destacar entonces, como lo hace Weber (*ibid.*: 129), la intervención de las guildas –conjuntamente con las asociaciones políticas– en las cuestiones financieras.³⁵ Si bien los comerciantes medievales iniciarían estas asociaciones, a partir de un posicionamiento estamental, correspondería a una burguesía incipiente enfrentarse a los intereses señoriales, cosa que no ocurrió con los gremios formados por las corporaciones medievales, toda vez que no pueden ser considerados como antecedente de la industria. Las asociaciones de comerciantes evolucionaron, se transformaron y sobrevivieron; los gremios medievales se extinguieron.³⁶

El consulado del medioevo tardío, con sus facultades jurisdiccionales, obedeció, por un lado, a la necesidad de una administración de justicia especializada en cuestiones mercantiles y, por el otro, al posi-

³³ Inicialmente fueron hermandades y/o cofradías, en forma de “asociaciones temporarias”, cuyo objeto era un negocio determinado (generalmente una expedición); el carácter repetitivo y la consolidación de una suerte de *affectio societatis* fueron consolidando las asociaciones en relaciones comerciales permanentes.

³⁴ El caso más exitoso fue la Hansa germana y su corolario, la Liga Hanseática.

³⁵ Por otra parte “lo general es que el señorío de la ciudad lo tuvieran en principio los ‘linajes’, que en modo alguno hay que identificar con las guildas, como éstas tampoco se identificaban con la *conjuratio*, que es la asociación de la ciudad” (Weber 1983 [1922]: 971, cursiva en el original).

³⁶ La noción moderna de gremio se concentra en la defensa de los intereses de clases, no de estamentos.

cionamiento político del estamento mercantil frente al municipio, heredado del sistema romano. Los comerciantes buscaban un lugar en la sociedad que, bajo la influencia de la teología racional de la Iglesia, condenaba el afán de lucro.³⁷

Un argumento crítico que me parece importantísimo analizar es el de Zacarías Moutoukias (2000) a una primera versión a este trabajo, acerca de reemplazar la idea del “gremio” por la de “fuero o privilegios (los términos son intercambiables). [...] Los cuales fueros definen jurisdicciones sociales que constituyen uno de los elementos fundamentales del orden político y de la estratificación social” (*ibid.*).

Para comenzar, fuero y privilegios no son identidades, aunque es obvio que en las sociedades estamentales generalmente son congruentes. Por otra parte, la “jurisdicción”³⁸ es un concepto esencialmente territorial; la “competencia” es la limitación de la “jurisdicción” por la materia a juzgar. Es la “competencia” inherente al fuero.³⁹ En el mundo precedente al moderno y contemporáneo, especialmente el medieval y del *Ancien Régime*, la “competencia” no se decidía por la materia sino más bien por las personas o, mejor dicho, por su situación estamental: ésta determinaba el “fuero competente”.⁴⁰

Bajo esa tesitura, el “fuero” era “competente” según las personas, doctrina que se fue diluyendo recién en los siglos XVIII y XIX; pero en el caso específico de los comerciantes, el acceso a esa “posición estamental” era totalmente diferente al de otras, como la eclesiástica, militar y/o aristocrática. El comerciante “gana su posición” en mérito a su capacidad como tal.⁴¹ Y es, en este sentido, donde creo que está el meollo de la discusión antes citada:

Los consulados emergen de la actividad de los comerciantes y la *existencia de un tribunal no se apoya en la complejidad técnica de la materia a tratar* –aun si la necesidad de justicia rápida constituye uno de los argu-

³⁷ La codicia, propia del comercio, es pecaminosa: *Nullus christianus debet esse mercator*.

³⁸ Del latín *ius* = derecho; *dictum* = decir

³⁹ El término “fuero” deriva del latín *forum* = tribunal o plaza pública. En términos modernos hablamos de fueros penales, laborales, civiles, comerciales, etc.

⁴⁰ En eso consiste el derecho subjetivo, donde se juzga por las personas, a diferencia del derecho objetivo moderno, donde se juzga por la materia y/o la naturaleza de las cosas.

⁴¹ Aun si accede por herencia, su falta de habilidad puede llevar a su exclusión, como el caso de quiebra, por ejemplo.

mentos más frecuentemente utilizados para justificar su creación, al menos en los creados a fines del siglo XVIII—, *sino en el principio de justicia estamental*.⁴²

Como habrá apreciado el lector, mi opinión es diametralmente opuesta. ¿Por qué? Hasta el presente existe el fuero comercial dentro de la organización judicial de muchos países; a excepción del fuero militar, que es competente solamente en materia de los deberes de función militar, los otros fueros especiales han desaparecido. ¿Cuál es la razón de la pervivencia del fuero comercial? – Los aspectos técnicos.

Éstos, también, corresponden a los antecedentes remotos que indicamos, muy anteriores a la época feudal, en la cual la “justicia estamental” alcanzó su mayor desarrollo. Las funciones jurisdiccionales de los consulados se regían más por la competencia en materia mercantil que por el *status* del individuo.⁴³

La génesis del consulado medieval y el derecho positivo comercial

Que el consulado medieval sea una institución originada en el comercio marítimo no es una novedad histórica. Ya vimos anteriormente cómo surgió el problema institucional en la Antigüedad. La diferencia, a mi juicio, es que esta coyuntura histórica evolucionó hasta la actualidad, perviviendo muchos de sus elementos.

La Liga Hanseática en el mar Báltico, Barcelona y Marsella en el Mediterráneo; las ciudades italianas en el mismo, como así también en la “ruta de Flandes”, en conexión con Brujas y Amberes: ese es el escenario, donde se atribuye a Pisa, según la opinión de Lucien Varloger, el impulso de la institución, que nacida para resolver problemas mercantiles, se extendió luego al comercio marítimo.⁴⁴ Si el consulado regía los asuntos mercantiles locales o los marítimos, tiene poca importancia. La cuestión principal es que, por delegación de la autoridad, municipal y/o real, se estableció una jurisdicción mercantil o, mejor

⁴² Moutoukias (2000). La cursiva es mía.

⁴³ Fueron comunes las “contiendas de competencia” en litigios donde una de las partes eran militares o curas que ejercían el comercio y la otra parte era comerciante. El argumento de estos últimos era la materia a juzgar; el de los primeros su “posición estamental”.

⁴⁴ Varloger, Lucien (1881): “Études sur l’institution des consuls de Mer au Moyen Age”. En: *Revue historique du droit*, citado por Basas Fernández (1963).

dicho, un fuero privativo mercantil, incluyendo en el derecho mercantil al derecho marítimo.⁴⁵

Se confundió, también, la función jurisdiccional con la función legislativa y administrativa. Los consulados tenían facultades —siempre delegadas previamente— para dictar normas sobre la materia de su competencia. Esto, que hoy puede resultar lesivo al principio de división de poderes, era usual en el medievo y el *Ancien Régime*. A despecho del conflicto de poderes, suscitado entre municipios y consulados, tenemos, por un lado, el llamado derecho estatutario, nacido fundamentalmente en las ciudades italianas⁴⁶ y, por el otro, amparado siempre en el *ius mercatorum*, un conjunto de colecciones normativas muy amplias, destacándose el Libro de Consulado del Mar, los Roles o Juicios de Olerón,⁴⁷ las leyes u ordenanzas de Visby,⁴⁸ el Guión del Mar⁴⁹ y las ordenanzas marítimas de la Hansa teutónica (Montoya Manfredi 1988: 73-75).

El Consulado en la España medieval

A mi modo de ver, debe distinguirse entre tres situaciones: la mediterránea, que dio origen a los consulados de Aragón; la de la costa cantábrica, donde se crearon los consulados vizcaínos; y la Atlántica, directamente relacionada con el comercio americano. Si bien la mecánica es similar, hay algunas particularidades derivadas de su creación.

Con referencia a los gremios, Luis García de Valdeavellano (1998: 285) acota que en España llegaron a constituirse asociaciones de oficios —sin utilizar el nombre de gremio—⁵⁰ y que eran “corporaciones profesionales constituidas con arreglo a un estatuto escrito”. En el

⁴⁵ En los códigos de comercio iberoamericanos, hasta el presente, se incluye al derecho marítimo y de seguros.

⁴⁶ Uno de los cambios notables que surge del derecho estatutario es el relativo al derecho concursal, superando ampliamente al derecho romano en materia de quiebras. Sin embargo, de acuerdo a la época, es un derecho subjetivo en relación a las personas (sólo accesible a los comerciantes). Recién en el siglo XVIII la doctrina se modifica para considerar al derecho comercial como objetivo, en relación a los actos de comercio, como es en la actualidad.

⁴⁷ Isla de Francia donde se supone fueron publicados.

⁴⁸ Ciudad en la isla sueca Gotlandia en el mar Báltico.

⁴⁹ Atribuido a la ciudad de Ruan.

⁵⁰ Las primeras asociaciones recibieron el nombre de cofradías o hermandades (García de Valdeavellano 1998: 286).

siglo XIV en Cataluña y en el siglo XV bajo los Reyes Católicos, éstas se institucionalizaron en corporaciones cerradas, asumiendo las actividades económicas del municipio y bajo ordenanzas gremiales específicas para cada corporación (*ibid.*: 288). Como vemos, esta concepción del gremio y su institucionalización es, en términos conceptuales, distinta del proceso atravesado por los mercaderes y la institución del consulado.

El Mediterráneo

Oficialmente, los consulados de mar fueron creados en Valencia (1283), Mallorca (1343) y Barcelona (1347). Sin embargo, esta última tenía “cónsules” dependientes del poder municipal desde 1266 (Basas Fernández 1963: 27). Es en el desarrollo del municipio catalán donde éste aparece, inicialmente, confundido con la que después sería la institución del consulado propiamente dicha. Bajo el nombre de *consols* o cónsules, *pahers* y/o *jurats* se conocieron a los magistrados locales sujetos a la autoridad del *veguer* y/o del *batlle* (representantes del príncipe o señor).⁵¹

De esta manera, las funciones jurisdiccionales del cónsul eran las delegadas del señor o príncipe, siguiendo la jerarquía feudal. Las ordenanzas reales que crean los consulados de mar, como así también las prerrogativas dadas a los cónsules en Barcelona con anterioridad, le quitaron la jurisdicción marítima primero, y luego la mercantil en general, a la jurisdicción municipal. Por ende, hubo una *devolución de las facultades jurisdiccionales de los señoríos feudales a la jurisdicción real*;⁵² el consulado toma, así, *la jurisdicción mercantil y marítima como delegación de aquella* (la real).⁵³ De esta suerte, en el caso catalán quedó claramente separado el consulado del municipio. Esta delegación de la jurisdicción real en materia mercantil, como partida de nacimiento del tribunal del consulado, me parece de suma importancia, toda vez que establece una notable diferencia con las organiza-

⁵¹ *Ibid.*: 547. Los nombres variaban según las ciudades. Aquí sólo nos interesan las funciones.

⁵² Para un descripción de los hechos, véase *ibid.*: 585-586. La interpretación es propia.

⁵³ Recordemos que en la discusión sobre la feudalización o no de la España medieval, hay coincidencia sobre la feudalización de la marca de Cataluña desde los tiempos de Carlomagno (García de Valdeavellano 1981).

ciones gremiales propiamente dichas, donde las facultades jurisdiccionales de las corporaciones surgieron de su imbricación en la jerarquía feudal.⁵⁴

La costa cantábrica

El reino castellano-leonés se expande desde el siglo XIV con la exportación de lana a Flandes, hacia el Mar del Norte. Los puertos de embarque, denominados Villas de la Marina de Castilla, formaron, en 1296, una Hermandad de la Marina de Castilla, que se relacionaba no sólo con Flandes, sino también con la Liga Hanseática y con otros puertos. En el correr del tiempo, tuvieron cónsules en Brujas, el centro de Flandes y, finalmente, se constituyeron en una gilda hacia 1428 (García de Valdeavellano 1998: 278-279).

Paralelamente, la producción lanera estaba dirigida por el Real Concejo de la Mesta. Esta poderosa organización estaba, indudablemente, en coordinación con los comerciantes de la Hermandad de la Marina de Castilla y ambas controlaban los recursos más importantes para la Corona de Castilla, al menos antes del descubrimiento de América.

Conforme señala Basas Fernández (1963: 32), la Universidad de Mercaderes de Burgos, la gilda con representantes en Brujas, constituyó un consulado propio hasta 1494. En realidad, era una suerte de tribunal arbitral interno, sin facultad jurisdiccional alguna. Por la Pragmática de 1494, otorgada por los Reyes Católicos en Medina del Campo, se crea el Consulado de Burgos con *facultades jurisdiccionales en el ámbito mercantil*. El origen parece haber sido una petición ante la Corona, en nombre de la Universidad de Mercaderes. El argumento central, además de emular a Valencia y Barcelona, era disponer de un juzgado al “estilo de mercaderes”, de estilo sumario (*ibid.*: 34). Transcribimos un párrafo de ese alegato, criticando a la administración de justicia común, por ser el argumento usual para la justificación de la creación de los tribunales del consulado en otros lugares:

⁵⁴ Las facultades jurisdiccionales del señor feudal eran inherentes al enfeudamiento mismo; nacían del señorío. En el caso que comentamos, la autoridad real asume plena jurisdicción y simplemente la delega en un tribunal. La “delegación de la jurisdicción”, por parte del rey, es parte del *ius imperium* del Estado y no significan la creación de un señorío; simplemente encarga la administración de justicia, creando un fuero especializado en materia comercial.

Porque sabíamos que los pleitos que se movían entre mercaderes de semejantes cosas como las susodichas, nunca se concluían ni fenecían porque se presentaban escritos libellos de letrados, de manera que por mal pleito que fuese, los sostenían los letrados de manera que los hacían inmortales.⁵⁵

Frecuentemente esta argumentación ha sido tomada como “excusa” para obtener privilegios, tal como señala Smith:

El tribunal del gremio llegó a existir debido a que la clases marítima y mercantil, sobre todo los sectores empresariales de estos dos grupos negociantes, deseaban un tribunal de esta índole. *Se utilizaban numerosas alegaciones sobre las deficiencias* de las disponibilidades judiciales existentes para demostrar que el tribunal consular era indispensable para el estímulo de las actividades comerciales.⁵⁶

Para comenzar, no era un tribunal del gremio, por las consideraciones que hemos desarrollado más arriba. Por otra parte, de la breve descripción sobre las actividades comerciales, el lector puede apreciar la complejidad de las mismas, que requiere de magistrados y funcionarios especializados. ¿Por qué no se reformó la justicia ordinaria como alega Smith? Porque el procedimiento de la época era crear fueros privativos en aquellas cuestiones en las que no era apta la justicia ordinaria; así de sencillo.⁵⁷

Todo esto no quita, como hemos repetido, la existencia de intereses privados y de la Corona para crear la institución del consulado. Como quiera que sea, ella fue un resultado de la negociación entre ambas partes.⁵⁸ El problema no estaba –ni está– en la existencia de los fueros privativos, sino en que la organización global otorgue garantías para una buena administración de justicia. Los tribunales, de cualquier índole, no “hacen justicia”, sino que la “administran”. Y como todas las administraciones: las hay buenas y las hay malas.

⁵⁵ Petición ante el Consejo Real del regidor y vecino de Burgos, Diego de Soria, en nombre del prior y cónsules de la Universidad de Mercaderes, citada por Basas Fernández (1963: 33).

⁵⁶ Smith (1978 [1940]: 178). La cursiva es mía.

⁵⁷ Hay ejemplos también en el Perú contemporáneo. Durante el Gobierno militar (1968-1980) funcionaron fueros privativos en el sector agrario y en el sector laboral, independizados del poder judicial. No eran, ciertamente, tribunales gremiales, sino que atendían asuntos específicos originados en las reformas introducidas para esos sectores.

⁵⁸ Modernamente, en muchos países se promueve la jurisdicción arbitral, especialmente en materia comercial y financiera, dada la complejidad de las operaciones.

El Atlántico

La Casa de Contratación de Sevilla, erigida en 1503, además de otras funciones, era un tribunal de comercio. No hay un origen gremial, aun cuando los comerciantes de Sevilla hayan tenido influencia en la misma, como así también en el Consulado creado hacia 1543 (Parrón Salas 1995: 13); fue creado a instancias del mismo tribunal y con el beneplácito de la Universidad de Cargadores de Indias, que aglutinaba a los comerciantes sevillanos.

Disiento, una vez más, con Smith (1978 [1940]: 121), de su calificación como “tribunal gremial”, toda vez que el Consulado fue constituido como una Sala de la Casa de Contratación, la que descargaba así las recargadas tareas judiciales, según sus propios alegatos. La acumulación posterior de poderes es otra cuestión: concretamente estamos ante una decisión gubernamental que nada tenía que ver con las facultades jurisdiccionales propias del sistema feudal. En otros términos, que los comerciantes sevillanos hayan utilizado al Consulado como medio de negociar privilegios con la Corona, generalmente a cambio de financiamientos, no significa que la institución —el Consulado— fuese un “tribunal gremial”. Éste era simplemente un tribunal especializado en las cuestiones mercantiles y navieras, en derredor de la Carrera de Indias, que fue utilizado como mecanismo de poder por el sector mercantil. Esto no es novedad, ni siquiera en la actualidad; ciertos estamentos tienden a “copar” ciertas instituciones, políticas y jurídicas, constituidas basándose en razonamientos técnicos y legítimos, para servirse de ellas en su propio interés.

El monopolio instaurado por la Corona, por medio de la Casa de Contratación, fue utilizado por el Consulado, no como institución, sino a través de sus integrantes, aprovechándose de los asientos de avería. De esta forma los propios comerciantes organizaban las flotas para aliviar las presiones financieras de la Corona. Eso fue como poner al “gato de despensero” (Vila Vilar 1999: 12 ss.).

De la misma forma no fue precisamente el Consulado quien financiaba a la Corona, sino más bien los comerciantes, con donativos y/o tolerando las incautaciones de plata, principalmente en tiempo de Oliverares. Por otra parte, bajo el gobierno de éste y motivado en la de Guerra de los Treinta Años, se creó el Almirantazgo de Sevilla en

1624, con el propósito de “militarizar” el comercio, ante el avance de los holandeses (Lynch 1993: 200 ss.), sin mayor éxito.

Más que el poder del Consulado, como se suele mencionar en los textos, tenemos el poder del estamento comercial, especialmente su capacidad financiera para soportar y apuntalar la política europea de los Habsburgos.⁵⁹ Este modelo se repitió en América.

5. El Consulado en América y sus pervivencias

Claramente se pueden diferenciar dos etapas: 1) La creación de los consulados de México y Lima durante el periodo de los Habsburgos; 2) La generalización del sistema consular a partir del reglamento del libre comercio.

El origen de los consulados de México y Lima

Según señala Smith (1978 [1940]: 27), “a finales del siglo XVI, Felipe II sancionó la instalación en México y Lima de consulados ‘al estilo de los de Sevilla y Burgos’, en vista de ‘la gran ventaja y conveniencia’ conseguidos por esta institución en España”.

¿Fue una decisión exclusiva de la Corona? ¿Cuál era “la gran ventaja y conveniencia”? La primera cuestión creemos que merece una respuesta negativa; parece más bien una negociación entre los comerciantes americanos y la Corona. Esta negociación sólo podía apuntar, a nuestro juicio, a la búsqueda de un equilibrio de poderes, entre los comerciantes sevillanos y los americanos, creando nuevas jurisdicciones, como veremos luego, al referirnos a los conflictos generados por ello.

La creación del Consulado novohispano, según la opinión de Guillermina del Valle Pavón (2001), concuerda con nuestra hipótesis. La autora señala, entre los argumentos de los comerciantes, amén de la consabida necesidad de contar con Tribunales especializados en materia mercantil, el auge derivado del financiamiento minero, además del comercio con Asia a través del puerto de Acapulco. El interés de la Corona se expresa muy claramente en los siguientes párrafos:

⁵⁹ Relaciones parecidas se encuentran con los Fugger, entre otras cosas por el monopolio del azogue, y con los Welser.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la concesión de la licencia para establecer el Consulado de México se produjo en el contexto de la severa crisis financiera que enfrentó la Corona, poco después de que mediara la década de 1580, como consecuencia de los elevados gastos ocasionados por el combate a los protestantes, la cruzada contra los turcos y los esfuerzos por dominar el Atlántico. Apremiado por la escasez de fondos, el monarca buscó el respaldo de los poderosos grupos de mercaderes para mantener el comercio americano y reforzar la defensa de los puertos. [...] Asimismo, es posible que el monarca tuviera la intención de conseguir el apoyo financiero de los miembros del Consulado de la capital de Nueva España.⁶⁰

Es claro que no es un origen gremial, sino el resultado de una conjunción de intereses, entre la Corona y la expansión mercantil en el virreinato de la Nueva España. También hay que destacar la conjunción de intereses entre los provenientes de la actividad rural y los de la actividad minera. Esto se manifestó, políticamente, en el hecho de que, a diferencia de lo sucedido en el caso de Lima, no se evidenció oposición del Cabildo de México.

El conflicto entre municipio y consulado fue, en América, una herencia de la España medieval. En Lima, si bien el Cabildo fue el promotor de la erección del Consulado de Lima, la ejecución de la real cédula, que lo creó en 1593, tardó 20 años en implementarse. La actitud ambivalente del Cabildo, se hizo evidente en el enfrentamiento de grupos de mercaderes en las mismas juntas. Esa actitud del Cabildo, según parece obedeció, por un lado, a la resistencia de financiar a la Corona y, por el otro, al temor que la creación de ese fuero privativo generara una fuente de poder –como ocurrió– a favor de un sector determinado. Es menester recordar que, a diferencia de México, Lima estaba alejada de los centros mineros –fundamentalmente Potosí– y la actividad rural estaba disociada de la minera.⁶¹

Pero la dinámica comercial desarrollada por los peruleros, la expansión de la actividad financiera alrededor de los mismos y el importante situado de Chile (Suárez 1995; 1997) hicieron técnicamente ne-

⁶⁰ Valle Pavón (2001: 281-282). Concuera con nuestras hipótesis sobre la política de los Austrias: el conceder autonomía a los territorios americanos, a fin de que contribuyeran a la defensa del interés dinástico (Salles/Noejovich 1999; Noejovich 2001).

⁶¹ Moreyra y Paz-Soldán (1994, I: 306 ss.). Cabe traer a colación que las minas de Cerro de Pasco, mucho más cercanas, descubiertas en el siglo XVII, no fueron explotadas con intensidad hasta el siglo XVIII.

cesaria la existencia de un tribunal especializado en cuestiones comerciales. Las controversias sobre los créditos, la actividad bancaria y, especialmente, las bancarrotas (Rodríguez Vicente 1960: 27) requerían de procedimientos mucho más ágiles; lo cual estaba por encima de los objetivos gremiales.

Los problemas jurisdiccionales

La tutela jurisdiccional en asuntos mercantiles ejercida por los tribunales del consulado, emanaba de la autoridad real. Ese carácter de fuero privativo reservado a los comerciantes, estaba sustentado en el derecho subjetivo heredado del Medioevo: el “derecho al juicio de mis pares”. Ese derecho subjetivo fue evolucionando hacia un derecho objetivo, característico del mundo contemporáneo, donde no se administra justicia por las personas, sino por la naturaleza de las causas.

Durante el periodo habsburgo, y antes de las reformas borbónicas, prevalecía, en general, el enfoque subjetivo, aunque fuera decayendo en el tiempo.⁶² En el funcionamiento del tribunal del consulado, los que juzgaban eran mercaderes, cuyas resoluciones eran apelables ante un juez de alzada nombrado por el virrey. Éste, a su vez, dirimía las cuestiones de competencia, dada la delegación de facultades jurisdiccionales por la Corona.

En el caso del Consulado de Lima, Rodríguez Vicente (1960: 131 ss.) nos ilustra el conflicto entre la Audiencia y el virrey, cuestionando las facultades de éste como dirimente de las competencias. Y el problema estribaba, principalmente, en algunos puntos que resumimos:

- Respecto de las sucesiones de los mercaderes.
- Sobre la responsabilidad y liquidación de las quiebras.
- Cuando una de las partes no era comerciante.

En el caso limeño, con las quiebras financieras que pulularon en la primera parte del siglo XVII, era obvia la oposición de los mercaderes a la intromisión de la justicia ordinaria y, por ende, de la Audiencia. Encontramos justificada esta posición por la necesidad de una pronta

⁶² A partir del siglo XVII, en Europa se fueron creando Juntas de Comercio, para la administración de la política mercantil, separadas de las funciones jurisdiccionales (Molas Ribalta 1995).

liquidación de los bienes y pagos de deudas, difícil de realizar eficientemente en los procesos comunes.

Sin embargo, también es cierto que las responsabilidades penales llegaban tardíamente a la Sala Criminal de la Audiencia, competente en la materia, con el riesgo de la fuga e impunidad de los deudores.⁶³

La prontitud de la justicia administrada por el tribunal del consulado se vio, empero, empañada por las discusiones sobre competencia y por la asunción de la misma, en ciertos casos, por parte del Consejo de Indias. En un sistema judicial todavía no unificado, con fueros privativos y competencias no muy definidas, el “derecho de súplica” era generalmente reconocido, aunque no se encontrara previsto específicamente. Por lo demás, la institución de la “cosa juzgada” no fue claramente aplicada.

La difusión, recomposición jurisdiccional y disolución del consulado

Después de la pragmática del libre comercio de 1778, los tribunales consulares no solamente se difundieron en otros puertos (Buenos Aires, Caracas, Montevideo, Veracruz etc.), sino que también se consolidó el criterio de derecho objetivo para los procedimientos en los mismos. El excelente tratado de Juan de Hevia Bolaños (1988 [1790], II: 438-450) define con mucha claridad, las funciones jurisdiccionales y la competencia del consulado, a semejanza de un tribunal moderno. Resumo algunas que me parecen significativas:

- El tribunal del consulado nace de una orden real y, para ejercer, el prior y los cónsules confirmados por la autoridad real se convierten en funcionarios públicos (*ibíd.*, XV: 1-6).
- Los priores y cónsules tienen jurisdicción sobre su territorio al igual que otros jueces ordinarios (*ibíd.*, XV: 7-9).
- Las ordenanzas que confeccionen deben ser confirmadas por la autoridad real y/o virreinal antes de su aplicación (*ibíd.*, XV: 10).
- Es competente para entender en las causas referentes a mercancías, quedando excluidos aquellos tratos no referentes a las mismas, aun cuando las partes no fuesen comerciantes (*ibíd.*, XV: 11-28).⁶⁴

⁶³ El detalle descriptivo de casos particulares está en la bibliografía citada. Me relevo de comentarlos dadas las limitaciones de espacio; sólo trato de resumir algunas ideas que sustenten este ensayo.

- Sólo se admiten excepciones perentorias taxativamente señaladas⁶⁵ (*ibid.*, XV: 41).
- Las sentencias de la alzada son inapelables, pero son susceptibles de ser impugnadas por vía de nulidad, en razón de excederse en materia de su competencia y/o defectos de solemnidades formales (*ibid.*, XV: 49).⁶⁶

Hay ya expresa una tendencia a liquidar las instituciones de *Ancien Régime*. La competencia por la materia y no por las personas es la característica de este proceso, que también se correlaciona con la desvinculación de la tierra.⁶⁷ Es el preludio, en materia comercial, de las reformas liberales del siglo XIX.⁶⁸

Ese proceso de modernización del derecho comercial concluyó en España en 1829, con la absorción del consulado por los tribunales de comercio, integrados en una organización global de la administración de justicia. En el mismo periodo desaparecieron los consulados americanos, a excepción del de Lima, como veremos luego.⁶⁹

⁶⁴ “Regularmente puede el Consulado conocer de todas las causas que se ofrecieren entre mercaderes, y su compañeros, y factores sobre todas las cosas tocantes al trato de la mercancía. [...] Y así no se puede conocer, aunque fuese entre mercaderes, en lo que es fuera de mercadería, porque solamente se le da jurisdicción en lo tocante a ella, y no más. [...] Y procede el no poder conocer fuera de lo tocante a mercancía, aunque sea de consentimiento de las partes, porque nos puede prorrogar jurisdicción” (Hevia Bolaños 1988 [1790], II: 441).

⁶⁵ Beneficios de exclusión y prelación. *Litis pendencia*, cosa juzgada, *litis finita* y transacción.

⁶⁶ Que implica la aceptación de un “recurso de nulidad”. El texto no indica ante quien debe sustanciarse, pero entendemos que el virrey, el rey y/o el Consejo de Indias eran competentes para ello.

⁶⁷ Es interesante acotar que la primera edición fue publicada en Lima en 1603. El autor, Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), adelantó muchos conceptos jurídicos que recién tomaron actualidad durante el siglo XVIII, bajo la Ilustración.

⁶⁸ Parrón Salas (1995: 51) cita un pleito de 1796 entre el marqués de Rocafuerte y un comerciante, en donde aquel noble pedía ser juzgado ante la Audiencia, como ejemplo del “doble criterio”. Hace hincapié en el hecho que, a finales del siglo XVIII, la doctrina del derecho comercial aceptaba, decididamente, el carácter objetivo para determinar la competencia y se refiere al tratado de Hevia Bolaños (1988 [1790]) en su argumentación.

⁶⁹ Smith (1978 [1940]: 28) da por liquidado el tribunal del consulado en España para el año indicado; sin embargo, Parrón Salas (1995: 14) afirma que los consulados españoles subsistieron en el siglo XIX.

La pervivencia del Consulado de Lima y sus remedos contemporáneos

El Tribunal del Consulado de Lima fue suprimido en 1822 y restablecido en 1829, respetando las ordenanzas preexistentes,⁷⁰ en tanto éstas no fuesen contrarias a la Constitución de la República (Basadre 1963: 12).

Paralelamente, en el proceso de desvinculación de tierras indígenas,⁷¹ también existió una “marcha atrás” frente a la liquidación de instituciones de *Ancien Régime*. Los citados decretos de Bolívar, y sus sucesivas reiteraciones, no llegaron a cumplirse, por resistencia de los caciques y la propia población indígena; en 1827 el Congreso debió suspender la ejecución de las ventas, reconociendo a los indígenas el “pleno dominio de las tierras”.⁷² Asimismo el Congreso se pronunció por la continuación de los contratos que contenían cláusulas de vinculación (*Colección* 1830-42, III: 241-258).

A mi parecer, tanto la restauración del Tribunal del Consulado, como la suspensión de la desvinculación de tierras indígenas y la lentitud con que fueron encarados los procesos de desamortización de bienes eclesiásticos, inducen a considerar una pervivencia, siquiera parcial, del *Ancien Régime*. El Código Civil de 1852 fue, a decir de Basadre (1985 [1937]), una recopilación de leyes anteriores, antes que una codificación moderna.⁷³ El Código de Comercio de 1853, copia del Código de Comercio español de 1829, mantuvo el Tribunal del Consulado,⁷⁴ con un prior y dos cónsules, comerciantes al por mayor. Sin embargo, aun cuando perduraba como fuero privativo para las cuestiones mercantiles, sus resoluciones eran recurribles a los Tribunales de Alzada y, en los casos pertinentes, a la Corte Suprema. Recién en 1885 el Congreso aprobó la supresión del Tribunal del Consulado y las diputaciones comerciales, pasando las cuestiones mercantiles al fuero común. El ejecutivo devolvió la ley.⁷⁵ Ante la insistencia del Congreso, éste se promulgaría en 1887, casi dos años después

⁷⁰ Las Ordenanzas de Bilbao (Montoya Manfredi 1988: 84).

⁷¹ Los decretos de Bolívar de 1824, que pretendían la parcelación de las tierras indígenas (Noejovich 1991: 46)

⁷² Resolución legislativa del 3 de agosto de 1827, la misma que fue ratificada por el Congreso en 1893 (Noejovich 1991: 49).

⁷³ El siguiente Código Civil fue sancionado en 1936.

⁷⁴ También las diputaciones comerciales.

⁷⁵ En el derecho constitucional peruano la figura jurídica es equivalente al derecho de veto que posee el poder ejecutivo.

(Basadre 1963: 13). El detalle es revelador de la confrontación de intereses y la resistencia del sector mercantil frente al fuero común o civil.

El nuevo Código de Comercio español de 1885 (Lama 1902) fue movilizante del proceso, que culminó, por un lado, con la creación definitiva de la Cámara de Comercio de Lima en 1888, mediante Decreto Supremo del gobierno del mariscal Cáceres; y, por el otro, con la sanción del Código de Comercio de 1902, el mismo que se encuentra vigente en lo concerniente al derecho marítimo y de seguros. En materia de quiebras, los convenios con los acreedores quedaban bajo la autoridad judicial. Sin embargo, la nueva Ley Procesal de Quiebras de 1933, abrió la posibilidad de realizar convenios extrajudiciales con intervención de la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio del deudor. Si bien con recaudos formales en el orden judicial, se volvía, parcialmente, al procedimiento antiguo de los tiempos del Tribunal del Consulado.

Esa legislación estuvo vigente hasta 1994, cuando se derogó la ley antes citada y, a partir de entonces, quedó sometida a un tribunal administrativo,⁷⁶ nombrado por el poder ejecutivo, que tuvo la facultad de delegar el procedimiento concursal en los Consejos Profesionales.⁷⁷ En la exposición de motivos de la reforma de 1996, se señaló como un logro el *haber sustraído, definitivamente, el derecho concursal de la justicia ordinaria*. El mismo argumento que se utilizó durante siglos: las cuestiones mercantiles son complejas y los procedimientos judiciales engorrosos.⁷⁸ Sin embargo, no se crearon jamás tribunales de comercio, dentro de la organización judicial, como existen en otros países de América.

⁷⁶ Conocido como INDECOPI.

⁷⁷ De abogados y/o contadores.

⁷⁸ Ese tribunal administrativo también es competente para cuestiones de marcas, patentes, defensa del consumidor, transparencia de mercados y otros que sería largo enumerar. Quedan excluidas las instituciones financieras, cuyas bancarrotas entran en la competencia de la Superintendencia de Banca y Seguros

6. Conclusiones

- La competencia mercantil y los fueros privativos sobre esas cuestiones se justificaron siempre por la complejidad de la materia, lo cual es correcto.
- Los tribunales del consulado no fueron tribunales gremiales. Que los comerciantes, basándose en las doctrinas del derecho subjetivo de la época influyeran en el mismo es un hecho subsidiario.
- La jurisdicción emanó de una delegación de la jurisdicción real, del *ius imperium* del Estado y no de la jurisdicción feudal, como era el caso de las corporaciones medievales.
- Del origen antedicho, nace el poder del estamento mercantil, mediante la acumulación que permitió el financiamiento de la Corona y luego de la República, en algunos países de América.⁷⁹
- En el caso del Perú existen pervivencias hoy en día, que consideramos parte de la evolución institucional del país, toda vez que también se verifica en la parte civil.⁸⁰

⁷⁹ Los comerciantes, y luego los consignatarios de guano, fueron los indudables financiadores del Estado peruano durante el siglo XIX.

⁸⁰ La secularización del matrimonio y la filiación civil data de 1930, por ejemplo.